Deutscher Bundestag **Drucksache 18/7089**

18. Wahlperiode 16.12.2015

Änderungsantrag

der Abgeordneten Sabine Zimmermann (Zwickau), Klaus Ernst, Matthias W. Birkwald, Katja Kipping, Jutta Krellmann, Michael Schlecht, Azize Tank, Kathrin Vogler, Harald Weinberg, Birgit Wöllert, Pia Zimmermann und der Fraktion DIE LINKE.

zu der zweiten Beratung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung
– Drucksachen 18/6281, 18/7086 –

Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG)

Der Bundestag wolle beschließen:

1. Artikel 1 Nummer 1 wird wie folgt geändert:
   a) In der Inhaltsübersicht im Kapitel 1 Abschnitt 2 wird
      aa) nach § 128 der § 128a „Kontrolle und Sanktionen“ eingefügt,
      bb) die Inhaltsangabe zu § 129 wie folgt gefasst:
      „Zwingend zu berücksichtigende Zuschlags- und Ausführungsbedingungen“,
      cc) nach § 131 wird „ § 131 a Vergabe von öffentlichen Aufträgen über Personalverkehrsleistungen auf der Straße“ angefügt.
   b) Artikel 1 Nummer 2 wird wie folgt geändert:
      aa) § 123 Absatz 4 wird wie folgt geändert:
         aaa) Die Nummern 1 bis 2 werden die Nummern 2 und 3.
         bbb) Nummer 1 wird wie folgt gefasst:
         „1. Das Unternehmen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge nachweislich gegen geltende umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen verstoßen hat.“
      bb) § 124 Absatz 1 wird wie folgt geändert:
         aaa) Nummer 1 wird aufgehoben.
         bbb) Die Nummern 2 bis 9 werden Nummern 1 bis 8.

cc) In § 127 Absatz 1 Satz 4 wird das Wort „können" durch das Wort „müssen" ersetzt.

dd) Dem § 127 wird folgender Absatz 6 angefügt:

„(6) Die in dem Angebot vorgeschlagenen Preise oder Kosten sind von dem Unternehmer zu erläutern, wenn diese im Verhältnis zu den angebotenen Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen ungewöhnlich niedrig erscheinen. Die Erläuterung wird durch den öffentlichen Auftraggeber eingeholt. Der Zuschlag ist nicht zu erteilen, wenn

a) die durch das Unternehmen erbrachten Nachweise das niedrige Niveau des vorgeschlagenen Preises oder der vorgeschlagenen Kosten nicht plausibel erklären oder

b) wenn das Angebot ungewöhnlich niedrig ist, weil es den geltenden Anforderungen nach § 97 Absatz 3 nicht genügt, insbesondere umwelt-, sozial und arbeitsrechtliche Vorschriften nicht eingehalten werden."

ee) Dem § 128 werden die folgenden Absätze 3 und 4 angefügt:

„(3) Bei der Ausführung von Bau- und Dienstleistungen haben die Unternehmen spätestens zu Beginn der Auftragsausführung ein Verzeichnis der Nachunternehmer vorzulegen, aus dem sich die Namen, die Kontaktdaten und die gesetzlichen Vertreter ihrer Unterauftragnehmer, die an diesen Bau- oder Dienstleistungen beteiligt sind, ergeben. Unternehmen dürfen Bau- und Dienstleistungen nur auf Nachunternehmer übertragen, wenn der Auftraggeber spätestens zum Zeitpunkt des Beginns der Auftragsausführung im Einzelfall schriftlich zugestimmt hat. Satz 1 und Satz 2 gelten entsprechend für jeden weiteren Nachunternehmer und bei einem Wechsel des Nachunternehmers.

(4) Unternehmen haben dafür zu sorgen, dass jedes von ihnen eingesetzte Nachunternehmen die Verpflichtungen nach Absatz 1 gleichermaßen erfüllt."

ff) Nach § 128 wird folgender § 128a eingefügt:

„§ 128a

Kontrolle und Sanktionen

(1) Die öffentlichen Auftraggeber sind verpflichtet, wirksame Kontrollen durchzuführen, um die Einhaltung der in § 128 vorgesehenen Auflagen und Pflichten zu überprüfen.

(2) Um die Einhaltung der aus § 128 resultierenden Verpflichtungen der Unternehmen zu sichern, sind die Unternehmen zu verpflichten, für jeden schuldhaften Verstoß regelmäßig eine Vertragsstrafe in Höhe von 1 vom Hundert, bei mehreren Verstößen zusammen bis zur Höhe von 5 vom Hundert der Auftragssumme zu vereinbaren. Der Unternehmer ist zur Zahlung einer Vertragsstrafe nach Satz 1 auch für den Fall zu verpflichten, dass der Verstoß durch einen von ihm eingesetzten Unterauftragnehmer oder einen von diesem eingesetzten Unterauftragnehmer begangen wird.

(3) Die Auftraggeber haben vertraglich zu vereinbaren, dass die schuldhafte Nichterfüllung der aus § 128 resultierenden Anforderungen durch die Hauptauftragnehmer oder die Unterauftragnehmer zur fristlosen Kündigung des Auftrags berechtigt."

gg) § 129 wird wie folgt geändert:

aaa) Die Überschrift wird wie folgt gefasst:

„§ 129

Zwingend zu berücksichtigende Zuschlags- und Ausführungsbedingungen“.

bbb) Vor dem Wort „Ausführungsbedingungen“ werden die Wörter „Zuschlags- und“ eingefügt.

hh) Dem § 130 werden die folgenden Absätze 3 und 4 angefügt:

„(3) Bei der Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen wird der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Zu dessen Ermittlung sind neben dem Preis folgende Kriterien zu berücksichtigen:

a) Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals,

b) die Struktur-, Prozess- und Ergebnisqualität,

c) umweltbezogene oder soziale Aspekte.

(4) Die nicht entgeltlichen Zulassungsverträge nach Maßgabe des Sozialgesetzbuchs unterfallen nicht diesem Gesetz.“

ii) § 131 wird wie folgt geändert:

aaa) Absatz 3 wird wie folgt gefasst:

„(3) Öffentliche Auftraggeber, die öffentliche Aufträge im Sinne von Absatz 1 vergeben, müssen im Einklang mit der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 verlangen, dass bei einem Wechsel des Betreibers der Personenverkehrsleistung der ausgewählte Betreiber die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die beim bisherigen Betreiber zur Erbringung der Dienste beschäftigt waren, übernimmt und ihnen die Rechte gewährt, auf die sie Anspruch hätten, wenn ein Übergang gemäß § 613a des Bürgerlichen Gesetzbuchs erfolgt wäre. Der bisherige Betreiber ist nach Aufforderung durch den öffentlichen Auftraggeber verpflichtet, alle hierzu erforderlichen Angaben zu machen.“

bbb) Folgender Absatz 4 wird angefügt:

„(4) Zwingende Ausführungsbestimmungen zu Artikel 4 Absatz 5 und 6 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 durch Bundes- oder Landesgesetz bleiben unberührt.“

Berlin, den 15. Dezember 2015

Dr. Sahra Wagenknecht, Dr. Dietmar Bartsch und Fraktion

Begründung

2014 hat die EU-Kommission drei neue Vergaberichtlinien erlassen. Für Sozial- und Arbeitsmarktdienstleistungen ist die Richtlinie 2014/24/EU von hoher Bedeutung und muss bis April 2016 in nationales Recht umgesetzt werden. Bei der Verabschiedung neuer Vergabegrundsätze muss der Gesetzgeber die möglichen Freiräume, die die EU-Dienstleistungsrichtlinie eröffnet, nutzen und der Qualität einer Dienstleistung gegenüber dem Preis einen höheren Stellenwert einräumen. Entsprechende rechtssichere Formulierungen sind im Gesetzes- und Verordnungstext zu verankern. Es muss gesichert werden, dass der Preisdruck bei der Vergabe beendet und mit der neuen Gesetzgebung eine gute Qualität insbesondere bei sozialen und Arbeitsmarktdienstleistungen gewährleistet wird. Prekäre Arbeitsbedingungen, Entlohnung für hochqualifizierte pädagogische Arbeit auf Hartz-IV-Niveau, Wettbewerb, der zu einem schleichenden Qualitätsverfall führt, und ein Überlebenskampf der Träger sind Folgen politischer Fehlentscheidungen bei der bisherigen Vergabe von Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen. Künftig ist eine dauerhafte Integration in gute Arbeit zu befördern sowie gute Arbeitsbedingungen, insbesondere die flächendeckende Einhaltung der Tarife sowie entsprechender Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen.

Zu Nummer 1 a

Hierbei handelt es sich um die Anpassung des Inhaltsverzeichnisses entsprechend den vorgenommenen Erweiterungen.

Zu 1 b) aa)

Mit dieser Änderung der Aufnahme von Verstößen gegen das Umwelt-, Arbeits- und Sozialrecht in den zwingenden Ausschlussgründen des § 123 werden die bisherigen fakultativen zu zwingenden Ausschlussgründen. Damit schöpft der Gesetzgeber die Möglichkeiten, die die Umsetzung der Richtlinie 2014/24/EU bietet, aus und trägt der stetig gewachsenen Bedeutung sozialer und ökologischer Belange im Vergabeverfahren Rechnung.

Zu 1 b) bb)

Hierbei handelt es sich um eine Folgeänderung aus der Übernahme der im § 124 Absatz 1 Ziffer 1 GWB-E genannten fakultativen Ausschlussgründe in die zwingenden Ausschlussgründe des § 123.

Zu 1 b) cc) und dd)

Es entspricht den Vorgaben der Richtlinie 2014/24/EU Art. 67 Abs. 2 Unterabschnitt 3 nicht, ausschließlich preis- oder kostenbezogene Merkmale bei der Vergabe zugrunde zu legen, sondern auch umweltbezogene oder soziale Kriterien zwingend zu berücksichtigen. Mit der Änderung wird dem erhöhten Gewicht ökologischer und sozialer Belange Rechnung getragen.

Gleichzeitig folgt der Gesetzgeber einer zwingenden Vorgabe aus Artikel 69 Absatz 3 Unterabschnitt 2 der Richtlinie 2014/24/EU. Der Gesetzgeber muss zulasten der öffentlichen Auftraggeber eine Erkundigungspflicht in Bezug auf die Einhaltung umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlicher Vorschriften bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten verankern. Mit der Aufnahme der Änderung lehnt der öffentliche Auftraggeber das Angebot ab, wenn der Auftragnehmer keine hinreichende Begründung für ein ungewöhnlich niedriges Angebot geben kann. Nach Erwägungsgrund 103 der Richtlinie 2014/24/EU soll eine Ablehnung obligatorisch sein, wenn das Angebot ungewöhnlich niedrig ist, weil es den geltenden Anforderungen nach Artikel 18 Absatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU nicht genügt. Die Regelung verhindert Wettbewerbsverzerrungen und Preisdumping zulasten der Beschäftigten und Unternehmen.

Zu 1 b) ee)

Die Änderung greift die Gefahr der Umgehung von in der Vergabe aufgestellten Standards bei der Beauftragung von Unterauftragnehmern gemäß dem Erwägungsgrund 105 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU. Hier heißt es: „Es ist wichtig, die Einhaltung der geltenden Anforderungen des Unionrechts, der nationalen Rechtsvorschriften

und der Tarifverträge auf dem Gebiet des Umwelt-, Sozial- und Arbeitsrechts oder der in dieser Richtlinie aufgeführten internationalen Vorschriften (…) durch Unterauftragnehmer mittels geeigneter Maßnahmen der zuständigen nationalen Behörden (…) im Rahmen ihrer Zuständigkeit und Befugnisse sicherzustellen." Die Richtlinie 2014/24/EU ordnet daher zusätzlich in Art. 71 Abs. 1 unmissverständlich an, dass die Einhaltung der in Art. 18 Abs. 2 genannten Verpflichtungen durch Unterauftragnehmer durch geeignete Maßnahmen der zuständigen nationalen Behörden gewährleistet wird. Die Änderung stellt sicher, dass alle Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten, die durch Rechtsvorschriften der Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, Tarifverträge oder die internationalen Vorschriften festgelegt sind und sich dies auch auf die Unterauftragnehmer erstreckt.

Zu 1 b) ff)

Die Änderung gewährleistet, dass die von den europäischen Vergaberichtlinien geforderte Umsetzung strategischer Ziele von allen Vergabestellen und Auftragnehmern öffentlicher Aufträge umgesetzt werden. Nur so kann nachhaltig die Verhinderung eines Verdrängungswettbewerbes über die Lohnkosten, die Erhaltung von guten Arbeitsbedingungen und sozialen Standards und der Schutz des geltenden Tarifvertragssystems gewährleistet werden.

Zumindest für den Kernbereich der Gewährleistung der zwingenden gesetzlichen und tarifvertraglichen Mindestarbeitsbedingungen wird das vergaberechtliche Kontroll- und Sanktionsinstrumentarium einschließlich der zivilrechtlichen Möglichkeiten (insbesondere Vertrags-strafe, Kündigungsmöglichkeiten bei Verstoß gegen § 128) voll ausgenutzt. Dies umso mehr, als die Kontroll- und Sanktionskapazitäten der allgemein zuständigen, personell nicht ausreichend ausgestatteten zuständigen Behörden der Zollverwaltung spätestens mit Einführung des gesetzlichen Mindestlohns an ihre Grenzen gelangt sind.

Deshalb ist die Einführung eines Rechts und einer Pflicht der öffentlichen Auftraggeber oder ggf. entsprechender ausreichend personalisierter zentraler Prüfstellen zur Durchführung von Kontrollen, die Festlegung des Kontrollumfangs sowie die Regelung der Informations- und Nachweispflichten durch die Auftragnehmer notwendig. Gleichzeitig sollte das vergaberechtliche Instrumentarium zur Sanktionierung von Pflichtverstößen durch die Auftragnehmer und deren Unterauftragnehmer (v. a. Vertragsstrafen, fristlose Kündigung) bundeseinheitlich geregelt werden. Die darüber hinausgehenden Regelungen der Länder werden dadurch nicht gefährdet.

Zu 1 b) gg)

Mit dieser Änderung wird die bisher bereits bestehende Ermächtigungsklausel für die Landesgesetzgeber erhalten, da der Handlungsspielraum nicht nur auf die landesspezifische Gestaltung der Ausführungsbedingungen abstellt, sondern auch die Zuschlagsbedingungen landesspezifisch gestaltet werden können.

Zu 1 b) hh)

Soziale Dienstleistungen und insbesondere Arbeitsmarktdienstleistungen zeichnen sich dadurch aus, dass das Ergebnis immateriell ist und die Leistungserstellung unter Mitwirkung des Kunden erfolgt. Damit sind sie gekennzeichnet durch ein hohes Maß an Heterogenität und Individualität in Verbindung mit persönlichen Interaktionen. Diese Form einer Dienstleistung lässt sich nicht allein auf den Preis der Leistung reduzieren. Daher wird mit der vorgeschlagenen Änderung das Vergabeverfahren so gestaltet, dass der Wettbewerb nicht alleine über den Preis, sondern insbesondere über die Qualität geführt wird. Die entsprechenden Grundsätze finden sich in der Vorgaben der Richtlinie 2014/24/EU. So schreibt Art. 67 der Richtlinie 2014/24/EU die Zuschlagserteilung auf das wirtschaftlichste und nicht nur preisgünstigste Angebot im Rahmen eines Preis-Leistungs-Verhältnisses fest. Art. 76 Absatz 2 Satz 2 konkretisiert diesen Grundsatz für soziale Dienstleistungen, wonach die Mitgliedstaaten auch vorsehen können, dass die Auswahl der Dienstleister auf der Grundlage des Angebots mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis unter Berücksichtigung von Qualitäts- und Nachhaltigkeitskriterien getroffen wird. Art. 67 Absatz 2 b der Richtlinie 2014/24/EU sieht vor, dass die Qualifikation und Erfahrung des Personals als Zuschlagskriterium berücksichtigt werden, wenn dies erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung hat. Nach Erwägungsgrund 94 der Richtlinie 2014/24/EU sollen öffentliche Auftraggeber, die davon Gebrauch machen, mit Hilfe geeigneter vertraglicher Mittel sicherstellen, dass die zur Auftragsausführung eingesetzten Mitarbeiter die angegebenen Qualitätsnormen effektiv erfüllen und nur mit Zustimmung

des öffentlichen Auftraggebers ersetzt werden können, wenn dieser sich davon überzeugt hat, dass das Ersatzpersonal ein gleichwertiges Qualitätsniveau hat.

Darüber hinaus bedarf es einer eindeutigen gesetzlichen Klarstellung, dass Zulassungsverträge im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis nicht unter das Vergaberecht fallen. Es reicht nicht aus, wie in der Gesetzesbegründung lediglich Zulassungsverträge im sozialhilferechtlichen Dreiecksverhältnis vom Anwendungsbereich der Vergabe auszunehmen und damit Ausprägungen des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses in anderen Feldern des Sozialrechts, etwa in der Sozialversicherung, unberücksichtigt zu lassen. Das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis ist in seinen unterschiedlichen Ausprägungen immer dadurch gekennzeichnet, dass der Leistungsträger keine Auswahl unter potentiellen Leistungserbringern vornimmt (selektiert), sondern dass alle Leistungserbringer, die bestimmte fachliche Anforderungen erfüllen, zur Leistungserbringung zugelassen sind und es den Leistungsberechtigten mittels ihres Wunsch- und Wahlrechts obliegt, eine Auswahlentscheidung zu treffen.

Zu 1 b) ii)

Mit der Änderung wird gesichert, dass insbesondere die Lohn- und Sozialleistungen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowohl im Schienenverkehr als auch im öffentlichen Personennahverkehr mit Bussen, Straßen- und Untergrundbahnen (ÖPNV) infolge von öffentlichen Ausschreibungen von Personenverkehrsdienstleistungen nicht schlechtergestellt werden. Die Änderung ist erforderlich, weil ohne verbindliche Vorgabe die Gestaltungsmöglichkeiten, die die Richtlinie bietet durch die öffentliche Auftraggeber (Aufgabenträger) nicht angewendet werden. Gemäß der VO 1370/2007 EU sind verbindliche Vorgabe von Lohn- und Sozialstandards möglich, um Dumping zu verhindern.

Gleichzeitig wird mit der Änderung gesichert, dass es eine Pflicht zur Personalübernahme mit mindestens gleichbleibenden Arbeitsbedingungen bei der Neuvergabe von Verkehrsdienstleistungen gibt.

Zum anderen schränkt der im Gesetzentwurf vorgesehene Verweis auf § 613a BGB die Möglichkeiten der Aufgabenträger gegenüber Art. 4 Abs. 5 VO 1370/2007 unnötig ein, bei der Vergabe Regelungen zum Schutz der beim bisherigen Betreiber Beschäftigten vorzusehen. Die dort angesprochene Richtlinie 2001/23/EG sieht keine zeitliche Einschränkung für die Fortgeltung der bisherigen Beschäftigungsbedingungen vor.



Satz: Satzweiss.com Print, Web, Software GmbH, Mainzer Straße 116, 66121 Saarbrücken, www.satzweiss.com
Druck: Printsystem GmbH, Schafwäsche 1-3, 71296 Heimsheim, www.printsystem.de
Vertrieb: Bundesanzeiger Verlag GmbH, Postfach 10 05 34, 50445 Köln, Telefon (02 21) 97 66 83 40, Fax (02 21) 97 66 83 44, www.betrifft-gesetze.de
ISSN 0722-8333